

# 権限規範の実体法的効力について

## Über die materiell-rechtliche Wirkung der Kompetenznormen

旭川大学経済学部准教授

黒川伸一

### 目次

1. はじめに
2. ドイツにおける議論
  2. 1. 問題の所在
  2. 2. 否定説
  2. 3. 肯定説
    2. 3. 1. 消極的立場
    2. 3. 2. 折衷的立場
    2. 3. 3. 積極的立場
  2. 4. 小結
3. 実体法的効力論に対する批判的検討
  3. 1. 議論の対象
  3. 2. 権限規範による基本権制限
  3. 3. 小結
4. おわりに

### 1. はじめに

①憲法の定める権限規範は基本権を制限するような実体法的効力を有するだろうか。言い換えるならば、憲法の権限規範で列举された対象事項を規律する法律が基本権やその他の憲法上の法益を侵害する場合、かかる権限規範ないし組織規範の存在を直接の根拠として当該侵害を正当化することは可能だろうか。これまでわが国の公法学では、このような問題提起はあまりなされてこなかったように思われる。その理由として、連邦制を採用しない日本国憲法では、地方政府に対する中央政府の管轄や組織を網羅的に、対象領域毎に規律する必要性が乏しく、そのためにかような規律を行う権限規範が存在せず、かかる規範の基本権に対する効力を解明する必要がなかった点を挙げることができる。実際、ドイツ基本法72条以下やアメリカ合衆国憲法1条8節のような、連邦の立法対象を領域毎に列举した管轄規定は日本国憲法には存在しない。日本国憲法41条、65条、76条1項の権限配分規定は国会、内閣、裁判所に国家「機能」を水平配分するものであり、垂直的な立法管轄配分に関わる94条の条例制定権は、単に「法律の範囲内」と枠づけられるにとどまり、一定の対象領域を中央・地方間に配分する規範は存在しない。確かに、「両議院の議員及びその選挙人の資格

は、法律でこれを定める」と規定する44条前段や、「弾劾に関する事項は、法律でこれを定める」と規定する64条2項のように、特定の事項を法律規律に委ねる規定も存在する。しかし、このような国会への義務的立法委託ではなく、一定の領域にかかわる規律を国ないし地方の任意的立法管轄とするような規定は、日本国憲法には存在しないのである。

しかし、だからといってわが国で権限規範の実体法的効力について議論する意味がないわけではない。一つには、道州制論に代表される地方政府の権限拡大論が政治的議論の俎上に上げられており、今後、中央・地方の立法管轄配分を憲法レベルで行う可能性が皆無ではないという実際的な理由があるが、それ以外にも、かかる論点が条例制定権の範囲と限界の画定に寄与し、あるいは権限規範の本質解明に役立ち得るとの理論的な理由を指摘することもできる。ひいては、この論点の帰趨が、行政組織編制にかかわる国会・内閣間の水平的な権限配分議論に一定の方向性を与える可能性も否定できないところである。以上のような理由から、筆者は日本国憲法においてもかかる論点を取り上げる意味があると考えている。

②権限規範の実体法的効力の問題は、連邦制を採用するドイツの憲法学では以前から活発に議論されており、連邦憲法裁判所の多くの判例もこの問題を取り上げている。そこで本稿はドイツにおける議論の紹介を主たる目的としながら、日本国憲法における国家機能論上の諸問題の解決について一定の示唆を得ることに努めることとする\*<sup>1</sup>。

以下、第2章ではドイツにおける学説及び判例の状況について概観し、それを受けて第3章では権限規範の本質について若干の検討を加える。最後にまとめを行い、本稿の取り上げた議論が日本国憲法の解釈に対して有する意義について簡単に考察する。

## 2. ドイツにおける議論

本章ではドイツ基本法下における権限規範の実体法的効力について学説及び連邦憲法裁判所判例の概要をまとめ、簡単な検討を加える。

### 2. 1. 問題の所在

本稿で取り上げる問題を再言すれば、憲法が特定の領域を明示して立法府に立法管轄を配分する権限規範に、基本権や憲法上のランクを有する他の法益に対する制限的効力を認めることができるか否かであり、ドイツ基本法に即して言うならば、連邦・ラント間の具体的な立法管轄の配分を定める72条以下に基本権制限効力などの実体法的効力は認められるか否かという問題である。一例を挙げるならば、連邦議会は、連邦の競合的立法管轄として「動物保護」を列举する74条1項20号に

---

\* 1 ドイツの議論を紹介するものとして、環境保護の分野について、清野幾久子「ドイツ憲法における環境保護と基本権の制限（1）－州と連邦との関係の観点より－」明治大学法科大学院論集第6号（明治大学、2009年）1頁以下、同「ドイツ憲法における環境保護と基本権の制限（2・完）－州と連邦の関係より－」明治大学法科大学院論集第7号（2010年）49頁以下。

## 権限規範の実体法的効力について

基づいて、5条3項1文の定める学問の自由及び研究の自由の行使として行われる動物実験を制限する法律を制定することが憲法上可能かという問題である。

ドイツの議論では、このような効力を肯定する立場と否定する立場に分かれるが、それぞれの立場の優劣は時代によって異なるようである\*<sup>2</sup>。連邦憲法裁判所の判例は実体法的効力を肯定するものが多いが、必ずしも肯定的立場で一致しているわけではなく、また肯定する判例でもその範囲や根拠についてニュアンスの相違も存在する。本稿ではこのような学説・判例の状況について、具体的例を取り上げつつ簡潔にまとめていくことにする。

### 2. 2. 否定説

①権限規範の実体法的効力を否定するものとしては、第二次兵役拒否判決(BVerfGE 69, 1) \*<sup>3</sup>におけるMahrenholz、Böckenförde両裁判官の反対意見が代表的であり、しばしば学説によって引用されるところでもある。

本件において、法廷意見は基本法4条3項の兵役拒否の基本権\*<sup>4</sup>に対する限界を連邦国家的権限規定(73条1号、87a条)、授權規範(12a条)、組織規律(115b条)から導出するが、反対意見はこのようなやり方は憲法上許されないとした上で、その根拠として以下の点を指摘する。

「連邦国家的権限規定は連邦とラントの行動領域を相互に境界づけるという意味を有する。それは特定の職務領域を義務的国家職務として確定するのではなく、連邦は、いかなる行動領域に対して、あるいは排他的にあるいは競合的に等々、ラントとの関係において管轄を有するかについて規定する。…それは可能な国家行動の対象を、実体的—法的行動委託、行動要請、憲法で確定された国家行動の様式ないし限界を別のやり方で再び破棄し、あるいは制限するその他の「価値」—決定にまで高めるものではない。」\*<sup>5</sup>

法廷意見のように、基本法の権限規範から「憲法上のランクを有する法価値」が取り出され、これを基本権に対する内在的制約として認めるのであれば、このロジックはすべての権限規定にも妥当することになり、「基本権に対する制限可能性の非常に広範で、不明確な集積場Arsenal」が作り出される。これにより憲法の中に基本権の法価値と権限規範等から導出される法価値との緊張関係が持ち込まれることになるが、他方で、基本法自身はこれを解消するための基準を含んでいない。その結果、「基本権は利益衡量の観点となり、基本権所有者の利益として発現し、これに他の利益な

---

\* 2 例えば、Bodo Pieroth, *Materiale Rechtsfolgen grundgesetzlicher Kompetenz- und Organisationsnormen*, in: AöR 1989, S.423f., Joachim Becker, *Materielle Wirkung von Kompetenz-, Organisations und Zuständigkeitsregelungen des Grundgesetzes?*, in: DÖV 2002, S.397f.

\* 3 1983年2月28日の兵役拒否新規法制の合憲性が争われた規範統制訴訟。本件については、参照、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(信山社、1996年)121頁以下(山内敏弘)。

\* 4 ドイツ基本法4条3項「何人も、その良心に反して、武器をもってする軍務を強制されてはならない。詳細は、連邦法律でこれを規律する。」以下、本稿におけるドイツ憲法の邦語訳は、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集 第5版』(信山社、2007年)による。

\* 5 BVerfGE 69,1(60)。

いし観点が対峙する」ことになる\*<sup>6</sup>。このように基本権保障を利益衡量の単なる観点に縮減することになる法廷意見の結論は、両裁判官の想定する基本法のデモクラシー的—法治国家的憲法構造に抵触するという。

②基本法施行後初期の段階では、支配的学説は権限規範に実体法的効力を認めない立場を採用していたようであるが\*<sup>7</sup>、現在では否定説に対する支持はそれほどの広がりがあるわけではない。

否定説の論拠として最初に指摘されるのが権限規範の性格である。すなわち、「権限規範は国家机关相互間の行動領域及び管轄領域を境界づけるという意味を有する」のであり\*<sup>8</sup>、基本権を制限する憲法上の法益は「単なる権限規定、授權規定、組織規定からは導かれない」のであって、それを肯定するためには、「憲法がある制度Einrichtung等々を単に許可するだけでなく、それに憲法のランクを授与し、その実現を指示することの証明が必要である」という理解である\*<sup>9</sup>。否定説によれば、権限規範を純粋に形式的に理解するこの結論は基本法の規定からも導かれる。すなわち、基本法1条3項\*<sup>10</sup>による立法者に対する基本権拘束に従えば、「立法者はその権限をただ基本権留保の基準に従ってのみ行使することができ、規律権限はただ基本権によって設けられた範囲内でのみ存在する」のであって\*<sup>11</sup>、Andreas Menzelの指摘するように、同条項が存在するにもかかわらず、権限規範から実体法的効力を導出することは奇妙な印象を与えるというのである\*<sup>12</sup>。もとより、否定説に依拠する論者も権限規範から実体法的効力を導出する可能性を完全に否定するわけではないが、1条3項の存在からすれば、それはあくまでも例外であって、「有意味な権限行使にとって不可欠の場合」に限定される\*<sup>13</sup>。

以上の論拠の他にも、多分に歴史的偶然に基づいて列举されたに過ぎない連邦の立法管轄にのみ実体法的効力を認めることの根拠の薄弱さ、このことの裏返しであるが、基本法70条1項\*<sup>14</sup>でその対象が控除的方法で示されるにすぎないラントの立法管轄に実体法的効力を認めないことは是非、あるいは基本権制限に関する決定を基本法の権限規定の連邦国家的アスペクトに依拠させることの問題点なども重要な論拠として提起されている\*<sup>15</sup>。とりわけ、権限規範の実体法的効力を認めるな

---

\* 6 BVerfGE 69,1 (62).

\* 7 Vgl. J.Becker, a.a.O.(Anm.2), S.397, Michael Selk, Einschränkung von Grundrechten durch Kompetenzregelungen ?, in: JuS 1990, S.896.

\* 8 M.Selk, a.a.O.(Anm.7), S.897.

\* 9 Jarass/Pieroth, GG, 6. Auflage, 2002, Vorb. vor Art.1, S.37 (Jarass).

\* 10 ドイツ基本法1条3項「以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権及び裁判を拘束する。」

\* 11 M.Selk, a.a.O.(Anm.7), S.897.

\* 12 Andreas Menzel, Nochmals: Zum materiellrechtlichen Gehalt der Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes, in: DÖV 1983, S.806.

\* 13 A.Menzel, a.a.O.(Anm.12), S.806.

\* 14 ドイツ基本法70条1項「ラントは、この基本法が連邦に立法の権限を付与していない限度において、立法権を有する。」

\* 15 M.Selk, a.a.O.(Anm.7), S.898., Christoph Degenhart, zu Art.70, in: Sachs GG, 2003, S.1518., A.Menzel, a.a.O.(Anm.12), S.806.

## 権限規範の実体法的効力について

らば、基本権カタログで段階づけられ、細分化された法律の留保に混乱をもたらすことになりかねないというA. Menzel及びMichael Selkの指摘は重要である<sup>\*16</sup>。つまり、基本法における規範の体系的な位置は、すでにそれがいかなる効力を有するかに関する言明を含んでいて、権限規範はそれと異なる体系的な位置にある基本権規範を制限する効力を本来は有していないのであり、別の体系的な位置にある規範に対する制限的効力を認めることになれば、その体系に混乱を生じさせるというのである<sup>\*17</sup>。

③後述のように、連邦憲法裁判所の判例は肯定説に依拠していると考えるが、一部のケースにおいて権限規範の実体法的効力を否定したものもある。代表的な事案として社会保障保険者決定(BVerfGE 21, 362)がある<sup>\*18</sup>。本件では、連邦固有行政の対象を定める基本法87条2項<sup>\*19</sup>の権限規範を根拠にして、公法上の法人であるヴェストファーレン・ラント保険協会の基本権享有主体性が認められるか否かが争われた。すなわち、87条2項は単なる連邦固有行政の対象を規律するだけでなく、本件異議申立人のような公法上の団体の基本権的地位をも保護する実体法的効力を有するか否かが問題となったのである。この点について連邦憲法裁判所は、同条項の「規定は憲法の…組織規律に属し、連邦とラントの間の行政管轄を境界づけるための権限規範としてのみ理解され得る」と指摘して<sup>\*20</sup>、当該規定から基本権的保護を導出することを拒否し、これを純粋な権限規範の意味に理解した。

この結論は、同じように公法上の団体である地区疾病保険金庫の基本権享有主体性が争われたBVerfGE 39, 302のケースにおいても維持されており、連邦憲法裁判所は「基本法87条2項は単なる権限規範であって、決して社会保険の憲法上の保障に対する証拠とは把握され得ない」と指摘し、権限規範から憲法上のランクを有する法益を導出することを拒否している<sup>\*21</sup>。

④否定説に対しては、ひとくちに権限規範といっても、その対象、担当者、権限配分の態様について様々な類型があり<sup>\*22</sup>、そのすべてをひとくりに純粋な権限規範として理解するのは、あまりに狭い見方であるという点が指摘されている<sup>\*23</sup>。Bodo Pierothは、否定説の論拠にもかかわらず、権限規範・組織規範は実体法的効力を原理的に示し得るのであり、すでに問題は実体法的効力の0b

\* 16 A. Menzel, a. a. O. (Anm.12), S.806, M.Selk, aa.O. (Anm.7), S.897f., vgl. J.Becker, aa.O. (Anm.2), S.398.

\* 17 Vgl. J.Becker, aa.O. (Anm.2), S.398.

\* 18 本件については、参照、ドイツ憲法判例研究会・前掲書注3、272頁以下(芹澤斉)。

\* 19 ドイツ基本法87条2項「その管轄区域が一のラントの領域を越えてまたがっている社会保険の保険者は、連邦直属の公法上の団体として運営される。その管轄区域が、一のラントの領域を越えてまたがってはいるが三つ以上のラントを超えてまたがってはいない社会保険の保険者は、監督を行うラントが関係する諸ラントによって定められているときは、第1文にかかわらず、ラント直属の公法上の団体として運営される。」なお、本条項の第2文は1999年の改正法律によって追加された。参照、高田・初宿・前掲書注4、260頁。

\* 20 BVerfGE 21,362(371).

\* 21 BVerfGE 39,302(314f.).

\* 22 権限規範の類型については、参照、B.Pieroth, aa.O. (Anm.2), S.434ff.

\* 23 Vgl. Albert Bleckmann, Schlußwort, in: DÖV 1983, S.809.



にあるのではなく、Wieにあると指摘しているが<sup>\*24</sup>、その前提には以上のような認識が存在している。ただ、上述のように否定説も一切の例外を許さないわけでないことを考えるならば<sup>\*25</sup>、実際には肯定説との間の差異はそれほど大きいものではない点にも留意する必要がある。

### 2. 3. 肯定説

現在の学説及び判例の多くは、基本法の権限規範から何らかの実体法的効力を導き出すことを肯定している<sup>\*26</sup>。その論拠としては、基本法は体系的統一体であって、その権限規定と基本権規定は完全に分離独立した規範カテゴリーを形成するのではなく、相互に影響を及ぼしあうという憲法の統一Einheit der Verfassungの観念<sup>\*27</sup>や憲法制定者の立法意思が援用されることが多いものの、必ずしも一致した見解があるわけではない。そもそも、実体法的効力が導出される権限規範の範囲、あるいは実体法的効力の内容について判例や論者の間に差違がある。ここでは実体法的効力の導出に消極的な立場、折衷的な立場、積極的な立場にわけて、具体的事案を交えながら議論を整理していく。

#### 2. 3. 1. 消極的立場

①基本法の権限規範から実体法的効力を導出することについては肯定しながらも、その対象事項の範囲について限定的にとらえるのがJoachim Beckerである。J. Beckerによれば、実体法的効力の問題では「具体的な個別事例における憲法制定者ないし憲法改正立法者の意思のみ」が最終的に決定的であり、かかる効力を肯定できるのは、憲法制定者のそのような意思が確定され、それが基本法に表現される場合だけである<sup>\*28</sup>。したがって、権限の実体法的効力は、個別事例毎に、「規範の成立史を援用しながら、解釈によって探求され得る」<sup>\*29</sup>憲法制定者の意思に依拠することになり、決して一般化され得るものではない。したがってこの立場にあっては、憲法の統一は実体法的効力の論拠ではあり得ない。憲法の統一は、権限規範に実体法的効力が認められた場合における「基本権と、基本権に対抗する権限、授権、組織規定の効力との衝突」の解消方法に関わるトピックにとどまる<sup>\*30</sup>。

一般に権限規範の実体法的効力が問題となるのは、権限規範と基本権ないしその他の憲法上の法益との間に衝突が存在する場合である。したがって、憲法制定者の意思を重視するJ. Beckerの立場からは、憲法制定者が「当該衝突を意識しているか、少なくともそのような衝突をあり得るものと

---

\* 24 B.Pieroth, aa.O. (Anm.2), S.433.

\* 25 Vgl. M.Selk, aa.O. (Anm.7), S.897.

\* 26 Vgl. J.Becker, aa.O. (Anm.2), S.397, Maunz-Dürig, GG, Art.74 Rdnr.22 (Maunz).

\* 27 憲法の統一Einheit der Verfassungについては、参照、M.Selk, aa.O. (Anm.7), S.898, J.Becker, aa.O. (Anm.2), S.398.

\* 28 J.Becker, aa.O. (Anm.2), S.398.

\* 29 J.Becker, aa.O. (Anm.2), S.402.

\* 30 J.Becker, aa.O. (Anm.2), S.398.

## 権限規範の実体法的効力について

考え、当該憲法上の確定をなすことによって、この不確定状況に対して憲法の明確さを作り出そうとする場合に、実体法的効力の導出が許されることになる<sup>\*31</sup>。逆に言えば、憲法制定者がそのような衝突の可能性を意識していない場合には、問題となる権限規範が基本権と一致し得ることから出発しなければならない<sup>\*32</sup>。

②もっとも、憲法制定者ないし改正者がそのような衝突の可能性を認識して権限規定を設けるケースはそれほど多いわけではない。これに該当するのが第一次兵役拒否判決（BVerfGE 12, 45）で問題となった旧基本法73条1号の規定<sup>\*33</sup>である。J. Beckerによれば、「満18歳男性の兵役を含む防衛」を連邦の立法管轄とする旧基本法73条1号を基本法に導入する1954年3月26日の憲法改正法律の制定過程において、立法者は兵役が基本権と衝突し得ることを理解しており、かかる導入によって「憲法制定者は、満18歳男性に対する兵役導入の実体的許可をも規律するという意思を有していた」と考えられる<sup>\*34</sup>。したがって、同条項の実体的効力を承認する連邦憲法裁判所の判例には同意できるという<sup>\*35</sup>。

もっとも、J. Beckerによれば、このケースは「これまで実体法的効力を伴う権限規範の唯一適切な事例」であり<sup>\*36</sup>、連邦憲法裁判所で実体法的効力の有無が問題となった他の多くのケースでは、憲法制定者ないし憲法改正立法者の意図は必ずしも明確ではなく、かかる効力の導出は許されないという。例えば、1922年の火酒専売法に基づく火酒専売制度並びに同法の授権に基づいて決定されるÜberbrand割引の合憲性等が争われた火酒専売事件（BVerfGE 14, 105）において、連邦憲法裁判所は、基本法105条1項、106条1項、108条1項で挙げられた財政専売Finanzmonopolは「そもそも何らかの種類の財政専売が存在し得ることの確認以上のことを意味し、火酒専売とマッチ専売という、すでに存在している両種の財政専売の存続をも意味する」と指摘し、かかる権限規範に単なる権限配分を越える実体法的効力を承認する<sup>\*37</sup>。このようにして基本法制定時に存在していた火酒とマッチの専売の存続が承認される結果、「基本法によって見出された専売の独占構造から必然的に判明する、個人の自由な経済活動に対する制限は、原則として甘受され、同意される」という<sup>\*38</sup>。

しかし、J. Beckerによれば、仮に、基本法制定当時、憲法制定者がマッチ専売と火酒専売の存在を認識していても、「既存の財政専売と基本権ないしその他の憲法原理との一致可能性について憲法上の疑念を有したことの根拠」までは明らかではなく、「基本権ないし他の憲法原理に対する財政

\*31 J.Becker, a.a.O.(Anm.2), S.399.

\*32 J.Becker, a.a.O.(Anm.2), S.399.

\*33 現在では国防及び役務従事義務については12a条で規定されている。

\*34 J.Becker, a.a.O.(Anm.2), S.400f. もっとも、J.Beckerは、兵役拒否の概念は軍事的防衛を前提としているので、一般兵役導入の正当化を権限規定からより、むしろ兵役拒否の基本権から導出する方が説得力があると考えている。J.Becker, a.a.O.(Anm.2), S.400.

\*35 J.Becker, a.a.O.(Anm.2), S.400.

\*36 J.Becker, a.a.O.(Anm.2), S.401.

\*37 BVerfGE 14,105(111).

\*38 BVerfGE 14,105(111).

専売の本質的な憲法的擁護の必要性は、そもそも存在しない」。したがって、連邦憲法裁判所が105条1項、106条1項、108条1項における財政専売の列挙から火酒専売の憲法上の許可を導き出し、これによる個人の自由な経済活動に対する基本権の制限を帰結することは許されないという<sup>\*39</sup>。

以上のJ. Beckerの見解はミュールハイム-ケールリッヒ決定 (BVerfGE 53, 30) でさらに明確になる。ミュールハイム-ケールリッヒ原子力発電所に対する設置許可手続が争われた本件は、権限規範の実体法的効力に関してもっとも頻繁に取り上げられるケースであり、「平和的目的のための核エネルギーの生産および利用」等を連邦の立法管轄に配分する74条1項11a号<sup>\*40</sup>から、核エネルギーの経済的利用に対する憲法の同意ないし許可が導出されるか否かが争われた。

この点につき連邦憲法裁判所は同条項から核エネルギーの経済的利用に対する基本法の承認を導出するが<sup>\*41</sup>、J. Beckerによればこれは失当である。なぜなら、かかる権限規定が基本法に導入された1959年の段階では、核エネルギーの平和利用という問題は政治的ないし法的争点になっておらず、「憲法制定者は、核エネルギーの平和利用と基本権との間の事実上ないし可能的な衝突について全く視野に入れていなかったからであり、その結果、そもそも立法権限問題への回答と並んで、核エネルギーの平和利用について憲法上の保護を予定する動機や必要性は存在しなかったからである」。したがって、基本法の当該権限規定から核エネルギーの経済利用に対する承認を導くことはできないという<sup>\*42</sup>。

③いうまでもなく、憲法制定者が特定の対象に関する立法権限を連邦に配分する場合、連邦立法者が当該対象を規律すること自体は憲法上許される。J. Beckerが問題にするのは、かかる権限規範によって、「この対象の原則的な憲法の承認及び同意を、場合によっては将来に対する本質的な効力を伴って確定しようとしたのか否か」という問題が回答されていない点にある<sup>\*43</sup>。J. Beckerによれば、そもそも権限規範一般に実体法的価値が認められるとしても、それは「独自の本質的な実体法的効力を持たない、他の憲法規定を解釈するための解釈補助手段」ととどまり<sup>\*44</sup>、実体法的効力が認められるケースとして承認されるのは、せいぜいのところ一般兵役の導入に関するケースに限られる。その意味では、実際には実定法的効力否定説に近いといえよう。

④権限規範を事後的に基本法に挿入されたものと、制定当初から存在しているものに区別し、前者については、核エネルギーの平和利用のように、憲法改正立法者の意思が確認される場合には実体法的効力を肯定するものの、後者については、権限規定の対象を「実体的な憲法ランク」にまで

\* 39 J.Becker, a.a.O. (Anm.2), S.402. J.Beckerによれば、同様の構成でバーデン州の保険独占の合憲性を導く連邦憲法裁判所判例 (BVerfGE 41, 205) も支持できないという。vgl. J.Becker, a.a.O. (Anm.2), S.402f.

\* 40 現在、核エネルギーの平和利用は73条1項14号で規定されている。

\* 41 BVerfGE 53,30 (56).

\* 42 J.Becker, a.a.O. (Anm.2), S.403f.

\* 43 J.Becker, a.a.O. (Anm.2), S.404.

\* 44 J.Becker, a.a.O. (Anm.2), S.404.



## 権限規範の実体法的効力について

高めることを認めないChristoph Degenhartの見解も、ここに分類することができるであろう<sup>\*45</sup>。

### 2. 3. 2. 折衷的立場

①本節で折衷的立場というのは、基本法の権限規範を一括して実体法的効力の有無を確定するのではなく、それらの類型化を通じて、個別的に立論する立場を意味する。この立場に立つ論者としてChristian Pestalozzaがいる。

C. Pestalozzaによれば、およそ権限規定については宣言的deklaratorisch意味と構成的konstitutiv意味を区別できる。前者は権限規定の規律領域が基本権の保護領域と一致する場合に認められる。この場合、実体法的な決定はすでに基本権規定でなされており、権限規定は単にそれを指示するとどまり、それ以上の実体法的意味はない。これに対して、後者は権限規定が自ら憲法の実体法的決定を本質的に構成するものであり、権限規範の対象が基本権の言明と交差せず、これを侵害しない場合に認められる<sup>\*46</sup>。

C. Pestalozzaによれば、基本法はこの両者の区別を知っている<sup>\*47</sup>。すなわち、連邦の専属的立法カタログを定める73条1項の「国籍」(2号)、「移転」(3号)、「引渡」(同)はそれぞれ基本権の部の16条1項<sup>\*48</sup>、11条1項<sup>\*49</sup>、16条2項<sup>\*50</sup>の参照を指示しており、宣言的な意味しか有していない。連邦の競合的立法カタログを定める74条1項では「社団法および集合法」(3号<sup>\*51</sup>)、「公用収用の法」(14号)、「公有又はその他の公共経済の形態への移行」(15号)等がそれぞれ9条1項<sup>\*52</sup>及び8条<sup>\*53</sup>、14条3項<sup>\*54</sup>、15条<sup>\*55</sup>の参照を指示している<sup>\*56</sup>。これらの権限規範の規律領域は基本権規範の保護領域と一致し、その参照が指示されているため、両者間に規範衝突の問題や、憲法上のランクの優劣問題は生じない。他方で、73条1項の「通貨・貨幣及び造幣制度」(4号)、「憲法保障」(10号)、74条1項の「経済法」(11号)、「職業紹介」、「労働法」(12号)、「経済上の権力的地位の濫用防止」(16号)、「医業その他の治療業及び医業営業に対する許可」(19号)及び105条以下の「財政専売」につ

\*45 Christoph Degenhart, aa.O.(Anm.15), S.1517f.

\*46 Christian Pestalozza, Der Garantiegehalt der Kompetenznorm, in: Der Staat 1972, S.169ff.

\*47 C.Pestalozza, aa.O.(Anm.46), S.169.

\*48 ドイツ基本法16条1項「ドイツ国籍は、これを剥奪してはならない。国籍の喪失は、法律の根拠に基づいてのみ許され、かつ、本人の意思に反しては、本人がそれによって無国籍にならない場合に限り、許される。」

\*49 ドイツ基本法11条1項「すべてのドイツ人は、連邦の全領域内において移転の自由を享有する。」

\*50 ドイツ基本法16条2項「いかなるドイツ人も、外国に引き渡されてはならない。欧州連合を構成する一国家又は一の国際裁判所への引渡しに関しては、法治国家の諸原則が保たれている限度で、法律により異なる規律をすることができる。」

\*51 「および集合法」は2006年8月の改正法律で削除されている。参照、高田・初宿・前掲書注4、247頁。

\*52 ドイツ基本法9条1項「すべてのドイツ人は、社団(Verein)及び団体(Gesellschaft)を結成する権利を有する。」

\*53 ドイツ基本法8条1項「すべてのドイツ人は、届出又は許可なしに、平穩に、かつ武器を携帯せずに、集会する権利を有する。」2項「屋外の集会については、この権利は、法律により、又は法律の根拠に基づいて、これを制限することができる。」

\*54 ドイツ基本法14条3項「公用収用は、公共の福祉のためにのみ許される。公用収用は、補償の方法及び程度を規律する法律により、又は法律の根拠に基づいてのみ、これを行うことが許される。…」

\*55 ドイツ基本法15条「土地、天然資源及び生産手段は、社会化の目的のために、補償の方法と程度とを規律する法律により、これを公有又はその他の共同経営の形態に移すことができる。…」

\*56 C.Pestalozza, aa.O.(Anm.46), S.169f.

いては、これに相応する明文の基本権規定が存在しない。このため、当該権限規定に実体法的な重心が帰属しており、権限規定自身はその対象を本質的、実体法的に構成している。C. Pestalozzaによれば、この限りでは、かかる構成的権限規範が「別の憲法価値、特に基本権を排除することが可能である」<sup>\*57</sup>。

問題はこのような構成的権限規範と基本権ないしその他の憲法上のランクを有する法益との衝突を解決する方法である。この点について、C. Pestalozzaは、「少なくとも基本法は、その頂点にひとり基本権が、その下位段階には権限規範が位置するような規範ヒエラルヒーとは見なされ得ない」のであって、衝突問題は個々の問題に定位しながら、「憲法の統一」あるいは「内部的統一性」のような標語に示される体系的・目的論的考察に基づいて、個別的に解決していくことになる旨指摘する<sup>\*58</sup>。かくて、構成的権限規範と基本権規範が衝突するケースでは、「基本権と権限はともに視野に入れられねばならず、争いのある事案では、それぞれ相互の妥当領域のできるだけ少ない侵害の下で解釈されねばならない」ことになる<sup>\*59</sup>。

M. Selkも指摘するように、この見解の問題点は、具体的な権限規定を両カテゴリーのいずれかへ整序することの困難さにある。例えば、74条1項11号の経済法はC. Pestalozzaによれば構成的権限規定の例であるが、M. Selkのいうように、本条項における経済法概念は広範なものであって、12条1項<sup>\*60</sup>や14条1項<sup>\*61</sup>の基本権とも関係し得るのであり、その意味では宣言的権限規定ということもできる<sup>\*62</sup>。二分論が成立し得るか否かは、法的安定性の要求に耐え得るほど明確な区分規準を提供できるか否かにかかっているといえよう。

### 2. 3. 3. 積極的立場

①権限規範の実体法的効力を積極的に認める論者として、Albert Bleckmannを挙げることができる。A. Bleckmannの見解には不明確な部分も少なくないが、その特徴は、基本法の国家組織規定を単なる価値中立的な技術的法として扱うのではなく、これに基本権と並ぶ独自の法価値を認める点にある。すなわち、「決定的なのは、国家組織原理は基本権同様に価値及び制度的保障を含み、これらは憲法全体を解釈する際に考慮されねばならない。特に、憲法解釈の際に基本権のみを過度に強調することは、…基本権それ自身は、十分に強く、機能能力ある国家において特定の組織原理が維持

\*57 C. Pestalozza, aa.O. (Anm.46), S.171. なお、C. Pestalozzaによれば、兵役に関する旧73条1号の規定もここに含まれる。ders., aa.O. (Anm.46), S.170.

\*58 C. Pestalozza, aa.O. (Anm.46), S.171ff, 179ff.

\*59 C. Pestalozza, aa.O. (Anm.46), S.182.

\*60 ドイツ基本法12条1項「すべてのドイツ人は、職業、職場及び養成所を自由に選択する権利を有する。職業の遂行については、法律によって、又は法律の根拠に基づいて、これを規律することができる。」

\*61 ドイツ基本法14条1項「所有権及び相続権は、これを保障する。その内容及び限界は、法律でこれを定める。」

\*62 M. Selk, aa.O. (Anm.7), S.896f.

\*63 A. Bleckmann, aa.O. (Anm.23), S.808.

\*64 A. Bleckmann, aa.O. (Anm.23), S.809.

## 権限規範の実体法的効力について

される場合にだけ、十分に確保され得るということを誤認する。」<sup>\*63</sup>。A. Bleckmannによれば、「連邦の権限カタログには現代的国家職務の特定の核心領域に関する憲法制定者の見解が明確に反映しており、国家目的、公共の利益、国民全体の価値を同じように確定している」のである<sup>\*64</sup>。

②第一に、支配的見解と同様に、A. Bleckmannも、権限規範が特定の法制度を予定する場合、立法者が当該制度にかかわる規律を設けること、仮にそれが基本権に抵触する場合であっても、基本法によって許されることを認める。そのような例として、基本法旧73条1号「兵役」、「防衛」、基本法73条1項5a号「ドイツ文化財の国外流出に対する保護」、同7号「郵便制度」、同14号「平和的目的のための核エネルギーの生産及び利用」、74条1項16号「経済上の権力的地位の濫用防止」、同24号「廃棄物管理、大気汚染防止、及び騒音の防止」などが挙げられる。もっとも、これらの対象事項は単に立法者による規律が可能であるとの基本法の原則決定がなされているにすぎず、具体的な規律の是非は基本権に照らして評価されねばならない。「これらの権限規定によって裁判官に禁じられるのは、そのような規律の違憲性を原則的に想定することである。」<sup>\*65</sup>

A. Bleckmannによれば、権限規範の実体法的効力はこのような制度規律に対する憲法の原則的同意にとどまらない。第二に、基本法の権限規範が基本権と同じような価値や公益を定めている場合、権限規範を根拠として基本権の価値を排除することが認められる。A. Bleckmannによれば、そのような価値を定める権限規定は数多いが、国家制度を存続させるためにordnungsgemäßに機能することが要求される「防衛」（基本法73条1項1号）、「貨幣制度」（同4号）、「連邦鉄道及び航空」（同6号<sup>\*66</sup>）、刑事政策及び憲法保障における「連邦とラントの協力」（同10号）などが例として挙げられる。加えて、「土地法」（74条1項18号）、「医業その他の治療業及び医療営業に対する許可」（同19号）、「廃棄物管理、大気汚染防止、及び騒音の防止」（同24号）等の公益ないし憲法価値も、そのような例であるという<sup>\*67</sup>。

第三に、基本法の立法権限規定の中には特定の公益を明示せずに、単に伝統的な規律対象を立法管轄とするものもある。例えば、74条1項1号「民法、刑法」、同12号「労働法」がその例として挙げられる。A. Bleckmannによれば、これらの権限規定を解釈する際には、「常に伝統的な観念と従来の法律規律にさかのぼらねばならない」。もちろん、これらの管轄でも立法者には裁量の余地が認められるので、完全に伝統的な規律に従う必要はないものの、「新たな法律がそもそも権限規定に該当し得るためには、従来の法律規律のいくつかの諸原則が存在しなければならない」とされる<sup>\*68</sup>。

---

\*65 Albert Bleckmann, Zum materiellrechtlichen Gehalt der Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes, in: DÖV 1983, S.129f.

\*66 ちなみに、連邦鉄道の民営化により、1993年に「連邦鉄道Bundeseisenbahnen」は6号から削除され、「連邦の鉄道Eisenbahnen des Bundes」に関する立法管轄が6a号に挿入された。参照、高田・初宿・前掲書注4、246頁。

\*67 A.Bleckmann, a.a.O.(Anm.65), S.130f.

\*68 A.Bleckmann, a.a.O.(Anm.65), S.131.

上記の「民法、刑法」についていうならば、74条1項1号は単に民法ないし刑法という名称の法律に関する連邦の立法管轄を定めるのではなく、「伝統的な民法及び刑法に相応するような規律」を定めており、仮に私人間の法関係を公法に類似したやり方で規律する民法が制定されたなら、それは同条の管轄規定に抵触することになる<sup>\*69</sup>。これは権限規定を制度保障論的に理解することに他ならないが、A. Bleckmannによれば、このような制度的保障は「基本法の権限規定が連邦立法者に特定の自由の規律を許すところでは、かかる権限規定に存在している」という<sup>\*70</sup>。このような制度的保障の理解にしたがえば、留保なしに保障された基本権に制限を加えることも基本法上許される。たとえば、74条1項3号は「社団法」を連邦の競合的立法権限としているが、この規定に基づいて社団法の伝統的な諸原則が維持されたとしても、法律の留保なしに保障された9条1項の結社の自由は侵害されることにはならない<sup>\*71</sup>。このように、A. Bleckmannによれば、基本法の権限規範は単に権限対象に対する憲法の原則的同意や基本権制限効力を含むにとどまらず、さらに一定の規律内容に関する決定をも含意することが認められる。

②以上のようなA. Bleckmannの理論には学説からの批判も少なくない。かように広範な実体法的効力の導出が1条3項の基本権拘束に矛盾するというのは、否定論からの有力な反論である<sup>\*72</sup>。特に、A. Bleckmannの理論では、権限規範を通じて一定の前立憲的vorkonstitutionelleな伝統的制度が、明文で列挙されることなく、基本法下で存続することになるが、そうなると、かかる制度それ自身が憲法上のランクを有することになり、ただ憲法改正によってしか除去し得ないという不都合な結論になりかねない<sup>\*73</sup>。このようにA. Bleckmannの帰結には他の憲法規範、特に基本権規範との関係で解決しなければならない問題が少なからず存在する。

## 2. 4. 小結

以上の学説状況の簡単な素描から明らかになったのは、現在、権限規範の実体法的効力の問題について一致した見解が存在しているわけではなく、肯定説の中にあってもその振幅が大きいこと、肯定説・否定説それぞれについて必ずしも説得力のある論拠が示されているわけではないことである。上述のように、現在では肯定説が有力であると考えられるが、その重要な論拠である憲法の統一についても、「憲法の統一の原理は、既存の衝突状況を均衡させる（その限りでは、「実践的コンコルダンツ」に近い）という価値のみを有し、緊張関係のこのような解消に必要な一歩、すなわち、

\*69 A.Bleckmann, a.a.O. (Anm.65), S.131.

\*70 A.Bleckmann, a.a.O. (Anm.65), S.131.

\*71 A.Bleckmann, a.a.O. (Anm.65), S.131.

\*72 A.Menzel, a.a.O. (Anm.12), S.806.

\*73 A.Menzel, a.a.O. (Anm.12), S.807. なお、A.Menzelは結社法に関する競合立法権限から制度的保障を導出し、結社の自由に対する限界を措定するA.Bleckmannの理論にも疑念を提起する。A.Menzelによれば、そもそも結社の自由は法律による形成を必要としており、その限界は権限規範ではなく9条1項から導かれるという。A.Menzel, a.a.O. (Anm.12), S.807f.

## 権限規範の実体法的効力について

そもそも憲法上のランクの法益が存在するのか否か、何が基本権を制限するために適切かを問うことには有用でない」というM. Selkの指摘に看取できるように<sup>\*74</sup>、必ずしも説得力があるわけではない。結局ひとくちに権限規定といっても、基本法の権限カタログではその対象や規律態様はさまざまであり、その効力について一般化することは困難であるということに帰着するであろう。

連邦憲法裁判所の判例に目を転じてみれば、本章で触れたように権限規範の実体法的効力を否定するものも存在するが、多くは肯定しており、その対象も広範に及んでいる。繰り返しになるが、基本法73条1号の旧規定に基づく兵役への同意（第一次兵役拒否判決、BVerfGE 12, 45）、同105条以下の財政専売による、既存のマッチ専売及び火酒専売の承認（BVerfGE 14, 105）、同74条11号の私法上の保険制度による、既存のラント法上の建物保険官署による保険独占に対する承認（BVerfGE 41, 205）<sup>\*75</sup>、基本法74条11a号の旧規定による核エネルギーの平和利用に対する承認（ミュールハイム・ケールリッヒ決定、BVerfGE 53, 30）、米軍によるドイツ国内での化学兵器の貯蔵に対する連邦議会の同意（化学兵器決定、BVerfGE 77, 170）<sup>\*76</sup>などがその例であり<sup>\*77</sup>、その際、憲法の統一や制定者の意思などが重要な論拠として挙げられている。もとより、これらの判例は個別事例に定位したものであって、その射程範囲は必ずしも明らかではない。しかし、連邦憲法裁判所が、公法上の法人の人権享有主体性の問題を例外として、広く権限規範から実体法的効力を導出している点は注目に値する。

次章では、これらの学説・判例の基礎にある権限規範の理解について若干の論点整理を行い、日本との比較法的検討のための基礎的認識の獲得を目指すことにする。

---

\*74 M.Selk, a.a.O. (Anm.7), S.899. なお、憲法の統一ないし実践的コンコルダンツpraktische Konkordanzについては、参照、Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16.Aufl., 1988, S.26fなど。

\*75 ラントによる建築物保険の独占を定めたバーデン州法の合憲性が争われた事案。保険制度に関する立法管轄を定める権限規範から、基本法制定時に存在していたラント法上の建物保険官署による保険独占に対する基本法の承認を導出できるか否かが争われた。連邦憲法裁判所は、「基本法74条11号から判明する、成立史と国家実務によって証明される、保険制度領域における立法管轄の連邦とラントへの分割が意味を有するのは、それが従来の範囲における保険独占規律に関するラントの権能を含む場合だけ」であり、仮にラント法における保険独占が職業の自由と抵触するならば、「74条11号に従って公法上の保険制度の領域でラントに委託された排他的管轄は、決定的な領域で空洞化される」と指摘し、基本法制定時に存在していたラント法上の保険独占の制度は、基本法の権限規定によって承認されており、職業の自由に対する制約を含むという。

\*76 ドイツ連邦共和国におけるアメリカ軍による化学兵器貯蔵に関して、連邦議会による当該貯蔵に関わる根拠条約への同意法律が基本法2条2項の生命及び身体を害されない権利を侵害するか否か等が争われた事案。連邦憲法裁判所は、「基本法は軍事的国土防衛への決定（基本法24条2項、87a条、115a条）によって、基本法2条2項1文の保護領域は防衛事態における軍事上の敵に対する、国際法に従った兵器使用の際には、住民に対する濫及的効力を包摂しない」と述べ、権限規範に基本権制限効力があることを認める。BVerfGE 77,170 (221)。

\*77 肯定説に依拠する判例の概観について、参照、M.Selk, a.a.O. (Anm.7), S.895。



### 3. 実体法的効力論に対する批判的検討

本章では、権限規範の実体法的効力論に対する有益な考察を提供するB. PierothやVeith Mehdeらの議論を参照しながら、前章までの学説及び判例に対する批判的考察を行い、日本法との比較法的考察のための手がかりを得ることとする。

#### 3. 1. 議論の対象

最初に、権限規範の実体法的効力論というテーマで取り上げられる議論の対象を明らかにする必要がある。なぜなら、B. Pierothも指摘するように、この問題について、「たいていの見解は、基本権—権限—関連、並びにこの点に表現される憲法の統一性に関する一般的言明で満足している」<sup>\*78</sup>なのであって、複数の個別論点が意識的と区別されることなく議論されることもあるように見受けられるからである。否定説に依拠すると考えられるA. Menzelに対して、積極説に依拠するA. Bleckmannが、両者の見解は「全く隔たっていない」と反論し<sup>\*79</sup>、Mahrenholz、Böckenförde両裁判官が権限規範の実体法的効力に否定的な立場を表明しながらも、権限規定の規範内容は「それによって挙げられた領域において、連邦国家権力の行動が…許される点にある」と指摘しているのは<sup>\*80</sup>、論点が十分に整理されていないことの表れであろう。B. Pierothの議論を参照しながら整理すれば、ここで問題とされるべきは、①権限規範の意味並びにその類型化の必要性及び方法、②実体法的効力の意味、③権限規範と基本権規範の関係、④実体法的効力論と法律の留保論との関係などである<sup>\*81</sup>。

もとより本稿でこれらすべての論点について体系的に解明することは不可能であり、ここでは②及び③の点について簡単に検討を加えるにとどめる。前章の議論に基づくならば、基本法の連邦立法権限規定の「実体法的効力」とは、①基本法の権限規定は、当該規定の対象について連邦立法者が規律することへの原則的な同意を含むか否か、②基本法の立法権限規定を他の基本法の規定、特に基本権規定を解釈するための解釈準則ないし解釈観点Auslegungsgesichtspunktとして援用できるか否か、③法律の留保なしに保障された基本権について、連邦立法者が権限規定のみに基づいて制限できるか否か、④当該権限規定で列挙された事項は、基本法制定以前の特定の伝統的制度が存続することに対する憲法制定者の同意を含意するか否か、という点にかかわる。

このうち①については、否定説であっても肯定するのが一般的であり、見解の相違は存在しない。少なくとも、連邦立法者が基本法の権限規定を行使して設けた「規律の違憲性を原則的に想定すること」は、裁判官には禁じられていると言えるであろう<sup>\*82</sup>。②についても、解釈準則あるいは解釈

\*78 B. Pieroth, aa.O. (Anm.2), S.424.

\*79 A. Bleckmann, aa.O. (Anm.23), S.808.

\*80 BVerfGE 69,1 (60).

\*81 B. Pieroth, aa.O. (Anm.2), S.424.

\*82 A. Bleckmann, aa.O. (Anm.65), S.130, vgl. BVerfGE 69, 1 (60), A. Menzel, aa.O. (Anm.12), S.806.

## 権限規範の実体法的効力について

観点としての権限規範が何を意味するのかは必ずしも明確ではないが、学説・判例によって概ね肯定されており<sup>\*83</sup>、大きな対立は存在しない。議論が分かれるのは主に③及び④の点である。そこで、以下で権限規範の実体法的効力と言う場合、この両効力を意味することにする。

### 3. 2. 権限規範による基本権制限

①ここで議論の対象となる権限規範の意味内容について、簡単に確認しておく。上述のように、権限規範とは大まかに言えば国家機関に具体的な権限を配分する規範を意味するが、権限Kompetenz概念について必ずしも統一的な定義が存在するわけではないために、学説に混乱が見られる。本稿ではB. Pierothにならい、権限を、活動領域と目的を表す「職務Aufgaben」及び職務遂行のための手段である「権能Befugnisse」の上位概念と把握し、これに権限主体に対する関係性を含めて理解することにする<sup>\*84</sup>。したがって、ここで問題となる権限規範とは、国家機関相互間（特に、連邦とラント間）の職務領域及び権能領域を境界づける規範を意味するととらえる<sup>\*85</sup>。連邦の具体的な立法管轄を定める基本法73条以下の権限カタログはこの意味における権限規範の典型である。

B. Pierothによれば、権限規範の基本権制限効力は、このような意味を有する権限規範と基本権規範との、カテゴリーを異にする二つの規範類型間に存在する体系的関連から明らかになるが<sup>\*86</sup>、このような理解は肯定論の多くの論者に共通している<sup>\*87</sup>。ここで連邦憲法裁判所判例及び多くの学説によって援用されるのが、上述の憲法の統一であり、統合的－調和的憲法理解integrativ-harmonistisches Verfassungsverständnisである。すなわち、権限規範はただそのみで解釈されるのではなく、基本権規範との統一ないし調和という観点の下で解釈されるべきであり、ここから権限規範に一定の基本権制限効力が導出されるというのである。ただB. PierothやM. Selkらが指摘しているように、これらは形式的にも内容的にも問題の多い概念であり、権限規範と基本権規範の衝突解消のWieについて何も言明しておらず、問題解決にとって必ずしも有用ではない<sup>\*88</sup>。

B. Pierothによれば、権限規範の基本権制限効力に関する問題は、両規範間の衝突それ自体の問題とその解消問題とに分かれる<sup>\*89</sup>。まず最初に、権限規範と基本権規範の間に衝突が存在しなければならぬ。この衝突の存否に関しては、権限規範が現実の一部分（例えば、73条1項1号「外交事務」）や特定の法領域（例えば、74条1項1号「民法」）を対象とする場合と、特定の法制度を含む

\*83 Vgl. J.Becker, aa.O.(Anm.2), SS.398, 404. C.Degenhart, aa.O.(Anm.15), S.1518. 解釈基準としての権限規範というテーゼを認める判例として、薬局判決 (BVerfGE 7,377)、第二次兵役拒否判決 (BVerfGE 28,243)などがある。

\*84 B.Pieroth, aa.O.(Anm.2), S.434.

\*85 Vgl. M.Selk, aa.O.(Anm.7), S.897., A.Menzel, aa.O.(Anm.12), S.806.

\*86 B.Pieroth, aa.O.(Anm.2), S.437.

\*87 例えば、Rupert Stettner, zu Art.70, in: Horst Dreier GG, Bd.II, 2006, S.1560.

\*88 B.Pieroth, aa.O.(Anm.2), S.437f., M.Selk, aa.O.(Anm.7), S.897.

\*89 B.Pieroth, aa.O.(Anm.2), S.439.

場合(例えば、105条以下「財政専売」)で状況が異なる。前者の場合、基本法における立法権限が任意的なものとして配分される限り、立法者が基本権を制限するようなやり方で当該権限を行使することは許されないで、原則的には基本権規範との衝突に至るケースは考えられない。ただ「権限が特定の、基本権制限的な態様以外では遂行され得ない」場合にのみ例外が認められる<sup>\*90</sup>。後者の場合、すなわち、権限規範が特定の法制度を含み、かかる法制度が基本法に明確に記述されている場合には一例えば、専売が職業の自由を制限し、兵役が個人の一般的な自由を制限し得るように一基本権を制限する効力を内包し得るのであり、権限規範の基本権制限効力が問題となる<sup>\*91</sup>。

次に、かようにして確認された権限規範と基本権の間の衝突は解決を必要とする。その方法としてB.Pierothが援用するのは、相当性原理の衡量モデルであって、いわゆる実践的整合性 *praktische Konkordanz* の原理である。すなわち、「すべての関係規範が完全に顧慮されねばならず、そのうちのいずれもが必要以上に排除されてはならず、それぞれ最低限のポジションが維持されねばならない」<sup>\*92</sup>という最適化の要請である。したがって、基本権との衝突の局面において、権限規範にも最低限の基本権制限効力が保障されることになるが、権限規範の第一の機能は組織上の決定目標にあり、基本権制限効力は二次的機能にとどまる点にも留意しなければならない。連邦立法権限を定める規範に基づいて設けられた、基本権制限効力を伴う法制度は、あくまでもその「概念的ミニマム」が基本法上保障されるに過ぎない<sup>\*93</sup>。財政専売について言えば、これを連邦立法管轄とする基本法105条以下の、職業の自由に対する制限効力は、財政専売の機能的有用性 *Funktionsstüchtigkeit* に属するものに限定され、それ以上の制限効力を導出することは許されない。

②権限規範の基本権制限効力について、Ronald DworkinやRobert Alexyによって展開された原理理論を基にした考察を行うのがVeith Mehdeである。原理理論についてはすでにわが国でも多くの紹介があり<sup>\*94</sup>、筆者も前稿で簡単に触れているので<sup>\*95</sup>、ここではその詳細について繰り返さない。本稿のテーマで重要なのは、法規範には原理PrinzipとルールRegelの区別が可能であること、原理は事実的可能性及び法的可能性に依存し、一応の性格 *prima-facie Charakter* を有するにとどまり、

\* 90 B.Pieroth, aa.O.(Anm.2), S.440. したがって、特定の法領域である「社団法」を連邦の競合的立法権限とする基本法74条1項3号に伝統的な法原則の維持を読み込み、基本権制限を導出するA.Bleckmannの立論は不相当であるとされる。

\* 91 B.Pieroth, aa.O.(Anm.2), S.440f., 447., vgl. R.Stettner, aa.O.(Anm.87), S.1562.

\* 92 B.Pieroth, aa.O.(Anm.2), S.441f. vgl. R.Stettner, aa.O.(Anm.87), S.1561.

\* 93 B.Pieroth, aa.O.(Anm.2), S.442.

\* 94 代表的なものとして、亀本洋「法におけるルールと原理(一)」法学論叢122巻2号(京都大学、1987年)18頁以下、同「法におけるルールと原理(二・完)」法学論叢123巻3号(1988年)95頁以下、長尾一紘「憲法上の利益衡量について—R・アレクシにおける、個人的権利と公共の利益の衡量論—」法学新報104巻12号(中央大学、1998年)1頁以下、同「基本権制限の法理—『一応の権利』から『確定的権利』へ—」中央ロー・ジャーナル1巻2号(中央大学、2005年)87頁以下など。

\* 95 拙稿「職権行使の独立と立法機能の限界」法学新報120巻1・2号(2013年)123頁以下。

## 権限規範の実体法的効力について

その要求は最適化命令Optimierungsgebotであるのに対し、ルールは事実的可能性及び法的可能性に関する確定を含む規範であり、充足されるか、されないかのいずれかでしかあり得ないこと、規範の両カテゴリーは明確に区別され、基本権規範は原理に整序されること、以上の点である<sup>\*96</sup>。

V. Mehdeによれば、立法権限の対象を列挙する基本法72条以下の規範はルールであり、その言明内容は「連邦にはそれぞれの事物領域に関して立法権限が帰属すること」にあつて、かかる権限規定の意味は「連邦とラントの行動領域を相互に境界づける」点にある<sup>\*97</sup>。つまり、権限規範と基本権規範はそれぞれルールと原理として規範カテゴリーを異にしており、単純に両者の衝突を想定し、これを利益衡量によって解消することはできない。権限規範に基本権制限的効力を肯定する立場は、ルールである権限規範と原理である基本権規範との衝突を認めるものであり、これは権限規範を「原理の表出」と見なしていることになるが、「そもそも権限規範は、原理としての基本権に対してprima facieに貫徹され得るやり方で、目的の許容性の表出であるとは主張され得ない」。

V. Mehdeによれば、この場合、「一つの規範カテゴリーから別の規範カテゴリーへの移行のための十分な論拠が作出されたか否か」が問われねばならない。つまり、権限規範というルールが、その背後に存在する原理の「表面的な表出」に過ぎないことを立証する論拠が提出されねばならない<sup>\*98</sup>。上述のように、学説や判例は、基本法の権限規範における対象事項の列挙は、当該事項を立法者が規律することに対する原則的同意を含むとするが、V. Mehdeによれば、これは単なる主張であつて、十分な論拠とは言えない。そもそも「よりもよつて連邦国家における権限の整序という形式的な問題に関する部分に、様々な対象領域に関係する原理の『宝庫Fundgrube』をある程度規範づけようとすることは、ほとんど推定できないwenig wahrscheinlich」からである<sup>\*99</sup>。

かかる論拠の一つの可能性として、立法者意思を援用することが考えられ得る。例えば、74条1項20号への「動物保護」の挿入は、もともと憲法改正立法者によつて、法律の留保なしに保障された学問の自由を侵害するとの疑念なしに行われており、この点に原理の表出を見いだすやり方である。しかし、V. Mehdeによれば、このような立法者の消極的な意思の権定だけでは、ルールから原理への移行について十分説得力を持った論証とはいえないという<sup>\*100</sup>。

### 3. 4. 小結

本章では権限規範の実体法的効力について、B. Pieroth並びにV. Mehdeの見解をもとにしつつ、権限規範の法的性格にまで遡りながら議論を整理した。この過程で明らかになったのは、第一に、権

\*96 Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S.71ff.

\*97 Veith Mehde, Regeln und Prinzipien im Recht der Staats- und Verwaltungsorganisation, in: Die Verwaltung 2001, S.99f.

\*98 V.Mehde, aa.O.(Anm.97), S.100.

\*99 V.Mehde, aa.O.(Anm.97), S.100.

\*100 V.Mehde, aa.O.(Anm.97), S.100f.

限規範及び基本権規範の性格の相違を顧慮すれば、両者の衝突を単純に措定することは困難であること、第二に、両者の衝突が存在するにしても、その解消については、利益衡量の方法や論拠について慎重な検討が必要だということである。特に後者の点についてはさらなる検討が必要であるが、紙幅の関係上、本稿では取り上げることができない。ただ、ここで指摘できるのは、立法権限配分規定の実体法的効力という本稿で取り上げた論点の背後には、規範カテゴリーを異にする権限規範と基本権規範の衝突とその解消という一般化の可能な問題がひそんでおり、これはひとりその特殊な連邦制に刻印されたドイツ基本法固有の問題というわけではない、という点である。

#### 4. おわりに

以上、ドイツ基本法における権限規範の実体法的効力に関する問題を、判例及び学説の議論をもとにしながら概観してきた。ここではむすびにかえて、これらの議論の射程範囲、特に連邦制を採用しない日本国憲法の解釈に対する意義を検討し、はじめにで提起した論点に対する本稿の回答としたい。

すでに繰り返し指摘したように、権限規範の実体法的効力に関するドイツの議論は、彼の地で歴史的に形成されてきた独自の連邦・ラント関係に基づく立法権限配分規定に関して展開されたものであって<sup>\*101</sup>、連邦制を採用せず、中央・地方関係に係わる歴史も全く異なる日本国憲法下において、かかる議論をそのままの形で移入することはできないであろう。

しかし、前章の簡単な概観から明らかになったように、この論点には、権限規範と基本権規範の法的性格並びに憲法の体系的統一性にかかわる一般化可能な側面もある。その意味では、権限規範の実体法的効力論は、詳細な立法管轄カタログ規定を伴う連邦国家だけに特徴的な問題なのではなく、権限規範と基本権規範という二つの異なる規範カテゴリーを含む憲法にとっても検討に値する問題である。そうであるならば、わが国の憲法学及び行政法学がこの問題を議論する必要性は、それほど少ないわけではない。もっとも、そのためには日本国憲法における中央・地方関係の理解や41条の「法律」概念の定義、あるいは法律の留保論についてさらに検討を深める必要もあるであろう。

---

\*101 ドイツ連邦制の歴史的特質を鋭く解明するものとして、林知更「連邦と憲法理論—ワイマール憲法理論における連邦国家論の学説史的意義をめぐって」法律時報84巻5号(2012年)99頁以下、84巻6号66頁以下参照。



## Über die materiell-rechtliche Wirkung der Kompetenznormen

### Zusammenfassung

Der vorliegende Beitrag behandelt die Frage nach der materiell-rechtlichen, insbesondere grundrechtseinschränkenden Wirkung der Kompetenznormen. In der Bundesrepublik Deutschland haben die verfassungsgerichtliche Rechtsprechungen und die Schriften häufig über diese Frage diskutiert. Nach der ständigen Rechtsprechung und die h.M. ist diese Wirkung der grundgesetzlichen Zuständigkeitsnormen (Art. 72ff. GG) bejaht worden. Aber gibt es eine Nuance, die auf dem unterschiedlichen Verständnis des Wesen des Kompetenznom beruht. Der Beitrag setzt sich das Ziel, über den Überblick dieser deutschen Diskussion einen Hinweis auf der Auslegung der Kompetenznormen des japanischen Verfassungsrechts zu erlangen.